

反思国有上市公司专门委员会的设置^{*}

——以 2018 年《上市公司治理准则》为起点

杨大可

摘要: 在《公司法》及司法解释“漠视”上市公司专门委员会设置规则的背景下,《上市公司治理准则》对专门委员会的设置主体、设置权限、组成和主要职责作出规定。但将董事会作为专门委员会设置主体可能加剧国有上市公司的“内部人控制”现象,故应将专门委员会置于监事会之下。原因在于,《民法总则》对营利法人治理结构的规定使监事会成为可供国企党组织选择的耦合对象,监事会的核心职责亦与党组织的领导及政治核心作用高度契合,党组织所享有的针对董事高管的人事任免权、薪酬决定权以及针对“三重一大”的决策权将成为监事会实施高效监督的有力保障。

关键词: 国有上市公司 专门委员会 监事会 《上市公司治理准则》

中图分类号: DF411.91 文献标识码: A 文章编号: 1673 - 8330(2019)05 - 0064 - 09

DOI:10.13893/j.cnki.bffx.2019.05.006

一、问题的提出

我国现行《公司法》及相关司法解释均未提及上市公司专门委员会的设置规则。但 2018 年修订的《上市公司治理准则》(以下简称《准则》)^①在第三章“董事与董事会”中专设第六节“董事会专门委员会”对专门委员会的设置主体、设置权限、委员会组成以及各委员会的主要职责作出规定。以

* 本文系 2018 年度教育部人文社会科学研究青年基金项目“党组织与国有企业监督机制耦合路径研究”(18YJC820077)、2018 年度同济大学欧洲研究双一流建设基金项目“中德企业监督机制比较研究”、2017 年度中国法学会部级法学研究课题自选项目“公司治理体系重构视阈中监事会制度之规范构造”[CLS(2017)D93]的研究成果。

[作者简介]杨大可,同济大学法学院助理教授,德国柏林洪堡大学法学博士。

① 《准则》自 2002 年 1 月由证监会联合原国家经济贸易委员会共同发布以来,对推动我国公司治理的制度建设、指导上市公司规范运作起到了重要作用,但在此后国内外治理理论与实践均快速发展的十几年中(例如 1999 年经济合作与发展组织的《公司治理准则》经历了 2004 年和 2015 年两次修订,我国《公司法》和《证券法》作为上市公司监管法规体系的基础也一直在修订和完善),一直停滞不前未作任何修订,已然无法因应公司治理实践中出现的一些新情况新问题。为了作出及时应对,同时为了吸收借鉴公司治理国际先进经验,更好地与国际接轨,证监会启动《准则》的修订工作并于 2018 年 9 月 30 日发布最新修订版。

“软法”^②形式对上市公司治理的“最佳实践”提出建议性要求,可以有效融合公司治理内生性和外部监管的优势,调动上市公司自主性,增加公司治理规范的灵活性,这是《准则》值得称道之处。但如果进一步观察《准则》的规定,特别是第56条第1款关于“董事和高级管理人员的绩效评价由董事会或者其下设的薪酬与考核委员会负责组织”的规定,不难发现将董事会作为专门委员会设置主体可能带来巨大隐患,而这一隐患在国有上市公司甚至可能被进一步放大。学界已经形成共识,国企所有者单一和实质缺位是导致委托代理机制难以发挥作用的症结并导致事实上的“内部人控制”。这表明在国有企业中,董事和高管所受的制衡和约束已然极其微弱。若再按上述第56条第1款将其绩效评价交由董事会或者其下设的薪酬与考核委员会实施,则势必形成董事会既当球员又做裁判的“自我监督/评价”的窘况,进一步加重国企内部人控制的顽疾。^③

二、设置主体选择:董事会抑或监事会

(一) 域外经验

通常来说,公司治理是公司在自身发展过程中自发形成和演进的,监管机构仅关注上市公司的信息披露,一般对各公司的内部治理保持必要克制和包容而不愿直接干预。然而从近年来的公司治理实践来看,随着公司数量的稳定增长和类型的逐步丰富以及投资者结构的多元化,特别是对公司社会责任的日益重视,公司治理已然不完全是公司“内政”问题,其还牵涉中小股东利益的保护和金融系统的稳定。为此,监管机构或民间组织从上市公司的需求角度出发,自下而上地集合民间智慧,汇集公司治理的最佳模式,并通过信息披露和治理评级相结合的方式,引导而非强制上市公司采用,从而形成介于上市公司治理实践与公司法制之间的公司治理软法规范,其精髓在于适时根据治理实践经验不断地完善公司治理。^④从世界范围来看,公司治理软法规范的特征具有“制定的民间性”和“适用的自愿性”两大特征。前者表现出“自下而上”的特性,即由被监管的上市公司、股东以及机构投资者自行制定。其优势是既能兼顾公司治理的内生性需要,又可缓解监管者与被监管者之间的紧张关系,一定程度上消除被监管上市公司对外部规范的抵触情绪,自愿遵循最佳指引。目前世界上具代表性的公司治理软法规范主要有英国的《公司治理联合准则》、新加坡的《公司治理准则》、德国的《公司治理准则》、我国台湾地区的《上市上柜公司治理实务守则》和经济合作与发展组织的《公司治理准则》等。就后者而言,软法规范旨在共享良好的公司治理实践经验,启发董事会通过学习解决本公司治理中的问题,而是否采用软法规范中的建议则完全取决于公司的自愿。不过需要注意的是,这里的“自愿”存在一定限制,即若相关公司决定不采纳软法的特定建议,则须向公众特别是投资者解释其中的原因,即所谓“遵守或解释”^⑤的实施方式。这样做既提高了规范的灵活性,又激励上市公司持续探寻更好的公司治理措施和途径,更在一定程度上鼓励公众对公司治理的关注。上市公司亦不再满足于对这些规范的形式遵守,转而主动践行规范的实质内容。^⑥通过对域外主要公司治理类软法规范的

^② 关于“软法”的基础性论述,可参见罗豪才、宋功德《认真对待软法——公域软法的一般理论及其中国实践》,载《中国法学》2006年第2期,第3—24页;姜明安《软法的兴起与软法之治》,载《中国法学》2006年第2期,第25—36页;江必新《论软法效力——兼论法律效力之本源》,载《中外法学》2011年第6期,第1163—1170页;罗豪才、周强《软法研究的多维思考》,载《中国法学》2013年第6期,第102—111页;沈娟《软法概念之正当性新辨——以法律沟通论为诠释依据》,载《法商研究》2014年第1期,第13—21页。

^③ 虽然该条后半句规定“上市公司可以委托第三方开展绩效评价”,但由于是否委托第三方的决定权仍掌握在董事会手中,因此该项规定不会改变国企董事或高管“自我监督/评价”的倾向。

^④ 参见蒋学跃《他律与自律之间的公司治理软法规范》,载《中国金融》2012年第12期,第46页;李维安《中国公司治理:从事件推动到规则引领》,载《南开管理评论》2017年第3期,第1页。

^⑤ 通过这样的信息披露,市场中介机构(公司治理评级机构)和投资者(通常是机构投资者)将对公司治理进行评估并作出相应的决策,如用脚投票或对公司治理状况提出质疑,由此对上市公司形成市场性的约束力。

^⑥ 参见前引^④蒋学跃文,第46—47页。

细致观察,可以发现其内容虽然存在差异,但大体均围绕三部分内容展开:董事会、股东与公司之间的关系和信息披露。其中核心部分当属董事会,一般均涵盖董事会定位、选任、职责、董事会会议程序、专门委员会等若干方面。

(二) 本土实践及反思

考虑到我国公司法制的继受性特征,在反思我国专门委员会设置规则之前,对域外相关制度及其实践做一番比较法的考察来发现可能的“最佳实践”,未尝不是前提性的工作。通过观察不难看出,包括我国在内的绝大多数国家或地区目前均将专门委员会与董事会“挂钩”,使前者成为后者的附属机构。这可能与这些国家或地区大多实行“一元制”的公司治理结构有关。^⑦而与我国适用(外观)相似的“二元制”公司治理结构的德国却一直以来旗帜鲜明地将专门委员会置于监事会之下,其中缘由值得我们思考。^⑧从目前德国监事会制度实践,^⑨特别是专门委员会的运行实效来看,^⑩各专门委员会权责划分明晰、各司其职,作用明显。这至少表明从域外公司实践来看,亦可考虑将监事会作为专门委员会的设置主体。但这当然不能充分证明我国即应改弦更张,将专门委员会的设置权由董事会转授监事会。这个问题还需从长计议。

从目前国内外专门委员会的运行实践观察,无论其被设置于董事会还是监事会之下,其所肩负的职责种类和内涵大同小异,主要分为审计、提名、薪酬、战略、考核等。很明显,专门委员会发挥着监督和顾问的作用。“审计”主要针对公司财务方面的监察,“提名”涉及董事高管的人事任免,“薪酬”服务于董事高管的激励和约束,“战略”负责或者至少参与公司经营战略的制定。这表明专门委员会设置主体的不同对专门委员会种类及职责的影响甚微。那么接下来需要讨论的就是将专门委员会置于董事会或监事会中何者之下更利于其发挥应有作用。具体到我国国有上市公司,就是要深入分析如何设置更有利于形成公司机关之间的有效制衡,从而遏制目前愈演愈烈的内部人控制现象。笔者认为,将专门委员会置于已与党组织有机耦合的监事会之下更有助于实现上述目标,原因有三:

第一,习近平总书记在 2016 年 10 月的全国国企党建工作会议上强调,党组织需与国企治理进一步融合,党的十九大报告对“坚持党对一切工作的领导”所作的系统表述更是为此提出了适切的“顶层设计”。《民法总则》第 82 条规定所有含有营利因素的国企均须设立监事会,这是对习近平总书记所指出的“在国企中建设现代企业制度须一以贯之”的国企改革基本方针的制度回应。而将党组织与监事会制度进行耦合则是笔者对习近平总书记提出的“通过将党组织‘内嵌’或‘融入’公司治理结构和各个环节从而一以贯之地继续加强党对国有企业的领导”要求所形成的制度构想。监事会已成为可供党组织选择的耦合对象之一。第二,从我国目前的公司法制和公司治理实践来看,二元制的公司治理结构还将长期存在下去。监事会作为我国传统的公司内部监督主体,其虚化和孱弱已无需赘言。监事会作为二元制公司治理结构中的“一元”,其应然的核心职能(责)主要体现在两个方面:一是针对董事会或高管经营管理行为的全方位监督(主要针对经营管理行为的合规性、合目的性和经济性),二是作为伴随特定经营管理行为始终的顾问(其中涉及所谓的同意保留制度)。^⑪这两个方面均旨在实现监事会对公司经营管理一定程度的参与,起到“把关”“调试”“矫正”“避险”等一系列作

^⑦ 关于一元制与二元制公司治理结构的论述,参见 Lutter/Krieger/Verse, *Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats* 6. Aufl. 2014, S. 1 ff.

^⑧ 众所周知,我国现行公司法规范确立了股东(大)会、董事会、监事会和经理构成的公司治理结构,且目前仅在上市公司和基金管理公司存在独立董事与监事会并存的现象。从这一角度来看,我国大多数公司的治理结构在外观上确与德国存在极高的相似性。当然,我国公司法中董事会与监事会是平行的公司机关,同时对股东(大)会负责,而德国监事会却因享有针对董事会的人事任免权、薪酬决定权和工作组织权而成为董事会的上位机关。参见杨大可《德国公司合规审查实践中董/监事会的分级合作及其对我国的启示》,载《证券市场导报》2016 年第 11 期,第 70 页。

^⑨ 参见前引^⑦,第 1—30 页。

^⑩ 参见前引^⑦,第 323 页及以下。

^⑪ 域外制度及实践经验可参见前引^⑦,第 35 页及以下。

用。不难发现,监事会的这些作用与国企中党组织所应发挥的“把方向、管大局、保落实”的领导及政治核心作用高度契合。而且从实证研究结果来看,无论在所谓的公益类国企还是商业类国企中,党组织融入监事会对公司经营绩效的提升作用远大于其加入董事会的效果。^⑫监事会相较于董事会而言进一步成为党组织更合适的耦合对象。第三,国企党组织本身享有针对董事、高管的人事任免权(基于党管干部原则)、^⑬薪酬决定权以及针对“三重一大”的决策权(已具有同意保留制度的雏形),若其与监事会实现有机耦合,这些权利将成为监事会对公司经营管理层及其行为开展高效监督的有力保障。监事会将一改之前的孱弱之态,进而形成对董事、高管的制衡之势,驱散长期笼罩国企的内部人控制“阴霾”。

三、设置权限界定:专门委员会可能的类型及性质

《准则》第六节(第38—43条)是针对董事会专门委员会的专门规定。第38条第1款进行了“必设”委员会和“选设”委员会的区分。前者仅指审计委员会,而后者则依公司具体情况可能包括战略、提名、薪酬与考核委员会等。可以看出,此项规则“柔中带刚”,允许各上市公司根据自身情况自行选设若干委员会,最大程度地保障了公司自治,属于非常务实且友好的规定。该条第2款对各委员会的组成和专业资质作了简要规定,明确要求审计委员会的召集人必须是会计专业人士,这在一定程度保证了该委员会的专业水准,虽然规定略显杂糅但仍是不小进步。接下来的第39—42条分别就审计、战略、提名以及薪酬与考核委员会的主要职责作出列举性规定,整体上看仍然比较笼统,操作性不强,完善空间很大。这一节最大的亮点仍然属于第43条,即所谓“签单权”的规定,其明确允许各专门委员会在履职过程中聘请中介机构提供帮助,所产生的费用由公司承担。这进一步弥补了专门委员会履职过程中可能存在的专业性不足的短板,并且与《公司法》第54条第2款、第56条、第118条第2款规定的监事(会)签单权相呼应。

在完善本国立法的过程中,适度理性借鉴域外相关制度的实践经验通常是十分有益的。笔者拟选取与我国适用(外观)相似“二元制”公司治理结构的德国公司法实践为考察和可能的借鉴样本。在德国,专门委员会被设置于监事会之下,希望通过将特定任务交给较小范围的成员完成,以提高监事会履行监督及顾问职责的专业性和效率,因为委员会成员通常被要求具备更高的专业素养并能够更专注、更高效地履行其职责。^⑭《德国股份法》第107条第3款允许监事会在其内部设立若干委员会,例如为监事会开会商讨及决议做准备工作的“筹备委员会”,负责监督决议执行情况的“监督委员会”,甚至可以代替监事会就特定事项作出决策的“决策委员会”。^⑮同样属于软法性质的《德国公司治理准则》(以下简称《德国准则》)第5.3.1条建议监事会依企业具体情况和监事数量设立专门委员会,第5.3.2条和第5.3.3条还特别建议设立“审计委员会”和“提名委员会”。可见,在德国不存在“必

^⑫ 参见郝云宏、马帅《分类改革背景下国有企业党组织治理效果研究——兼论国有企业党组织嵌入公司治理模式选择》,载《当代财经》2018年第6期,第78页。该实证研究还显示:在公益类国企中,党委会成员进入董事会和经理层的人数越多,企业绩效越好,党委会成员与监事会成员重叠人数对企业绩效没有显著影响;在商业类国企中,党委会在一定范围内参与公司治理会有效提升企业绩效,但过度参与则适得其反。

^⑬ 参见荣刚、李一《国有资本投资运营公司中的党组织参与治理研究》,载《理论学刊》2016年第3期。在党委负责对企业监督保障的情况下,党管干部的方式主要是对党群干部以外的企业重要干部的提名、考察、任免、考核、奖惩等人事管理工作的监督。重要干部指企业经理层人员、中层以上管理人员,监督重点是选用干部标准和工作流程、干部的考核奖惩和日常管理,监督方式是党委通过监事会全过程监督企业用人标准的制定和执行、选用干部工作流程的制定和运行、干部的考核奖惩和日常管理制度的执行。要细化公司章程,明确对不符合企业用人标准或违反选用干部工作流程的,对在考核、日常管理、审计监察中发现有违纪违规的,监事会可以行使否决权。党委通过组织化行为履行监事会的否决权,以保证党管干部的原则在现代国有企业得以实现。同时,让董事会、经理层按照《公司法》和公司章程的规定充分行使各自的用人权。要制定党委通过监事会对企业重要干部人事管理进行监督的制度流程。

^⑭ Spindler in Spindler/Stilz, Komm. AktG, § 107 Rn. 88.

^⑮ 在德国,较大型公司的监事会所负的恰当组织其工作的义务迫使其充分利用建立委员会的可能性。参见前引⑦,第323页。

设”委员会,所有专门委员会均依公司需求自愿设立。除个别特别重要的事务须留待监事会亲自完成之外,德国公司法规范在很大范围内允许监事会将其职责交由决策委员会最终履行。^{①⑥}然而在必须留待全体监事作出决定的职责领域中,由筹备委员会完成准备工作仍可能带来一些问题。例如,若准备工作涉及对已收集到的信息进行独立评价和筛选,则监事会的决策影响力势必受到挤压。监督委员会主要负责对董事会执行监事会决议的情况实施监督,但不包括针对经营管理行为的一般性监督。^{①⑦}需要特别注意的是,为保持监事会对下设各委员会的控制力,监事会应被定位为“程序的主宰者”,^{①⑧}各委员会在履职过程中须始终贯彻监事会的意志。监事会可随时收回赋予某委员会的决定权,甚至可随时解散或重新组建委员会。监事会必须对各委员会的工作进行监督并为此目的要求各委员会定期作出工作报告。^{①⑨}

具体到我国国有上市公司,为了提升已与党组织实现有机耦合的监事会的履职专业性和效率,可以考虑允许监事会立足本企业的实际需要自愿选择甚至创设个性化的专门委员会。但为了同时保持对各专门委员会的掌控力,使党组织在国有企业中的领导及政治核心作用通过各委员会得到一定程度的发挥,有必要将监事会确立为各委员会的“总负责人”,赋予其随时依公司需要裁撤或新设委员会的权利,同时辅之以针对各现存委员会的信息权和质询权。

四、专门委员会的权与责

设立专门委员会的做法在各国家或地区的公司法实践中已非常流行。在德国,由监事会设立专门委员会的公司实践已开展数十年,实务界已积累极为丰富的经验,其中不乏值得学习的亮点。具体来讲,除普遍设立的人事委员会^{②①}(其职责主要是为监事会的人事决策做准备工作以及聘任董事并设计聘用合同)^{②②}和监事会主席团之外,上市公司大多还设有审计委员会和《德国准则》第 5.3.3 条建议的提名委员会。此外,针对特定领域(例如财务、投资和合规)的委员会同样扮演着重要角色。德国历来鼓励上市公司创新委员会类型,德意志银行即于 2013 年设立了“市场诚信委员会”。实践中在特殊情况下还可设立完成临时性任务的临时委员会,例如处理与公开收购要约有关的问题或者辅助董事会实施特别重要的经营管理计划。许多德国公司均设有通常作为人事委员会开展工作的监事会主席团。有时它还被授权处理融资和投资政策问题,甚至包括紧急情况和机密事务的处理。不过,其真正的核心职责其实是与董事会保持持续且稳定的联系以及协调监事会中的工作并协助完成会议准备工作。^{②③}这对我国亦颇具启发意义。

(一) 审计委员会

德国在这方面的相关制度设计和实践颇具启发意义。自上世纪 80 年代后期以来,审计委员会的

^{①⑥} 必须留待全体大会作出的决定主要源于《德国股份法》第 107 条第 3 款第 3 句所包含的一份目录,该目录列明了所有不得委托决策委员会履行的职责。这其中包括比如监事会主席及其代表的选举、聘任及解聘董事、规定董事薪酬以及颁布董事会议事规程。此外,就监事会关于其自我组织问题的所有决定而言,还存在一项不成文的委托禁令:监事会议事规程的颁布、委员会的建立、监事会主席或主席代表聘任的撤销、关于请求法院基于重大原因解聘某一监事的决议的作出,均必须留待全体监事会完成。

^{①⑦} 此项禁令不禁止监事会委托一个委员会对个别经营管理领域(监督个别具体的经营管理措施或特定的经营管理领域)实施重点监督。OLG Hamburg v. 29.9.1995 - 11 U 20/95, ZIP 1995, 1673, 1675 = AG 1996, 84; Spindler in Spindler/Stilz, Komm. AktG, § 107 Rn. 87; Hoffmann—Becking, Münchener Hdb. AG, § 32 Rn. 4.

^{①⑧} 参见前引^{①⑦}第 325 页。

^{①⑨} 原则上,各委员会须在每次正式监事会会议上作出此类报告(仅限于对重要情况进行总结)。只有在全体大会多数决议提出要求或者筹备委员会认为有关信息对于全体大会作出适当决定来说必不可少时,委员会才须提供详细信息。

^{②①} 确定董事薪酬作为此前人事委员会的首要任务,现已强制性地交由监事会全体会议完成《德国股份法》第 107 条第 2 款第 3 句,第 87 条第 1 款、第 2 款第 1—2 句)。参见前引^{①⑦}第 327 页。

^{②②} 此外,其经常受委托就董事兼职作出决定《德国股份法》第 88 条)、依《德国股份法》第 89、115 条发放贷款并与监事缔结劳务合同《德国股份法》第 114 条)。

^{②③} 参见前引^{①⑦}第 327—328 页。

设立在德国公司实践中已相当普遍,²³但直到《企业会计现代化法》于2009年出台,一直未得到法律确认的审计委员会及其职责才在《德国股份法》层面得到认可。²⁴《德国准则》第5.3.2条进一步建议该委员会主席应具备会计及内控方面的专门知识及经验,²⁵审计委员会至少有一个成员必须是具有财会或审计方面专业知识的独立监事。²⁶这与《准则》对审计委员会召集人的要求极为相似。一般而言,审计委员会的核心职责主要涉及对以下事项实施监督:财会程序;内部控制机制、风险管理体系、²⁷内部审计制度的有效性;决算审计,特别是审计人员及其附带完成的工作的独立性。²⁸虽然《准则》第39条亦将审计委员会的职责聚焦于对内/外部审计、财务信息及其披露和内部控制的监督及评估之上,但却严重忽视对公司是否建立风险管理体系及其运行状况的监督,这可能严重削弱监事会的信息收集能力,进而妨碍其对风险的识别和控制,可能导致公司因董事高管的冒险投机行为而遭受巨大损失。从域外经验来看,《德国准则》第5.3.2条建议审计委员会同时负责审计人员具体任务的分配、确定审计重点和签订报酬协议,其甚至还建议审计委员会在无其他机构负责时处理合规事务,其中包括对合规组织的系统审查。²⁹某些公司还特别为此设立了合规委员会,当出现具体的合规问题而需加强监督时,设立此类委员会显然十分必要。《准则》仅提及审计委员会负责提议聘请或更换外部审计机构,而没有强调该委员会对候选审计人员的独立性及其提供的审计服务的审查义务。其实,在提出审计人员的选聘建议之前,审计委员会应当要求相关审计人员说明其与机构或领导之间或者与企业及其机构成员之间是否存在业务、财务或者其他可能影响其独立性的关联关系。此项说明还应包括审计人员上一财政年度已向公司提供的其他服务的范围以及依约将在下一年度提供的咨询服务。需要说明的是,对财会程序的监督是指对年度财务报表中的数据及说明文字的产生程序实施系统审查。对内部控制机制和风险管理体系有效性的监督不仅涉及会计流程方面的相关机制,而且囊括公司的其他流程。对内部审计工作的监督同样涉及体系审查,但监事会无须对内部审计机构及其成员进行监督,而仅需关注董事会所设置的系统的适用性。

(二) 提名委员会

《德国准则》第5.3.3条建议监事会设立一个仅由股东代表组成的提名委员会,³⁰并负责向股东大会提出合适候选人的选聘建议。具言之,提名委员会需要制定候选人的基本要求清单,并据此为全体监事会拟提出的选聘建议进行准备工作。³¹由此可见,此类委员会属于筹备委员会范畴,然而也并不排除授权它作为决策委员会代替监事会就向股东大会提交的选聘建议作出决议。³²具体到我国国有上市公司,由于讨论是在监事会已与党组织实现有机耦合的前提下展开,因此监事会设置提名委员会从某种程度上讲是在依据党管干部原则行使党组织对董事、高管的人事任免权。各项国企改革措施亦体现“坚持党管干部原则,从严选拔国有企业领导人员,建立适应现代企业制度要求和市场竞争需要的选人用人机制”的要求。提名委员会自然需要“党员监事”的参与,党管干部原则也将因此在

²³ Vgl. Haasen, ZfB 40 (1988), 370; Langenbucher/Blaum, DB 1994, 2197; Coenenberg/Reinhart/Schmitz, DB 1997, 989; Luck, DB 1999, 441; Ranzinger/Blies, AG 2001, 455; Hopt/Roth in FS Nobel, 2005, S. 147.

²⁴ 《准则》自2002年起即建议设立审计委员会。

²⁵ 参见前引⑦,第328页及以下。

²⁶ 具体任职条件可以参见《德国股份法》第100条第5款。但这并不要求监事必须参加相关的职业培训,或主要从事与这些专业领域相关的工作,监事只需通过培训或职业发展获得相关知识和经验,足以使自身有能力对董事会所提供的信息提出批判性意见和质疑。

²⁷ 参见杨大可《论风险管理体系概念在法律层面的引入——以监事会的完善为目标》载《当代法学》2015年第1期,第94—102页。

²⁸ 例如《德国股份法》第107条第3款第2句亦就审计委员会的职责作出列举性规定。

²⁹ Hoffmann—Becking, Münchener Hdb. AG, § 32 Rn. 29; E. Vetter, ZGR 2010, 751, 777 f.

³⁰ 由于监事会提交股东大会的选聘建议仅需得到监事会中股东代表的多数票,《德国股份法》第124条第3款第5句)即可获得采纳,因此提名委员会完全由股东代表组成就顺理成章了。

³¹ Kremer in Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, Komm. DCGK, Rn. 964; Wilsing in Wilsing, Komm. DCGK, Ziff. 5.3.3 Rn. 1.

³² 参见前引⑦,第331—332页。

委员会履职过程中得到贯彻。从监事会的履职保障来看,这种设定同样颇具实效,因为监事会将由此获得“预防性”监督和“镇压性”监督两种重要的监督手段。“透过”监事会下设的提名委员会,党组织可以通过提出董事、高管选聘建议的方式对企业命运及经营决策施加重大影响。这就要求提名委员会推荐的董事或者高管既要“政治过硬”,又要“本领高强”。具言之,从参与重大决策的基本要求考虑,候选人必须具备做出合理商业判断的能力和经历。为实现更高效的公司管理及监督,提名委员会在选择时即须奉行这样的基本原则,即整个经营管理层所具备的专业知识应至少涵盖公司中的大部分核心事务。

五、专门委员会的内部秩序与履职保障

(一) 内部秩序

《准则》对专门委员会的运作方式只字未提。各委员会在缺乏指引的情况下摸索前行,很可能步履蹒跚、乱象丛生。在这方面,域外经验或可提供有益参考。

《德国股份法》第 108 条第 3、4 款和第 109 条共同就监事会委员会的工作方式作出规定。在不干涉监事会所享有的关于委员会设立及组成的决定自由的前提下,公司章程可以作出更详细规定。若章程未作出优先规定,则监事会可以拟定委员会议事规程,若监事会亦未作出相关规定,则委员会可自行制定并通过议事规程。^③另外,监事会内部秩序方面的规则同样适用于各委员会。^④是否聘任委员会主席属于监事会的自治范畴,^⑤并首先由监事会全体会议以投票多数作出决定,否则委员会可自行决定是否选聘主席。^⑥此时,章程既不得禁止委员会主席的选聘,也不能将特定人员(如监事会主席、最年长的委员会成员等)强行规定为委员会主席。^⑦根据《德国股份法》第 110 条第 1 款,每名委员会成员均可要求召开委员会会议,必要时他们甚至可依该条第 2 款自行召开有关会议。依《德国股份法》第 109 条第 2 款,所有监事均有权参加委员会会议。因此,若不属于委员会成员的监事提出参会要求,则其亦应被邀请参会并被告知议程内容。与此项参会权紧密相关的还有针对委员会所有材料的查阅权,但须以有关会议围绕这些材料展开为限。^⑧不属于委员会成员的监事同样有权在会议上参与讨论。会议结束后,所有监事(即使其未参会)均可要求查阅会议记录。只有监事会主席可以禁止不属于委员会成员的监事参加会议(《德国股份法》第 109 条第 2 款),有关监事对会议材料及会议记录的查阅权随之消灭。根据德国学界通说,甚至连监事会全体大会也不能“恢复”被监事会主席所排除的参会权,也就是说不存在能够对抗上述参会禁令的公司内部法律救济。^⑨此类参会禁令可以针对个别或所有不属于委员会成员的监事作出;它不仅局限于个别委员会会议,甚至在存在相应保密必要的情况下可被普遍施行于某一委员会的所有会议。^⑩根据德国公司法实践,参加权的排除并不需要存在“重大原因”。换言之,诸如委员会讨论的保密、委员会的工作效率、防止成员陷入利益冲突

^③ Spindler in Spindler/Stilz, Komm. AktG, § 107 Rn. 110 f.; Hoffmann—Becking, Münchener Hdb. AG, § 32 Rn. 45.

^④ 参见前引⑦,第 275 页及以下。

^⑤ Hüffer, Komm. AktG, § 107 Rn. 19; Spindler in Spindler/Stilz, Komm. AktG, § 107 Rn. 105; Hoffmann—Becking, Münchener Hdb. AG, § 32 Rn. 46; Mertens/Cahn, Kölner Komm. AktG, § 107 Rn. 120.

^⑥ Mertens/Cahn, Kölner Komm. AktG, § 107 Rn. 120; Hüffer, Komm. AktG, § 107 Rn. 19; Hoffmann—Becking, Münchener Hdb. AG, § 32 Rn. 46.

^⑦ Hüffer, Komm. AktG, § 107 Rn. 19; Mertens/Cahn, Kölner Komm. AktG, § 107 Rn. 96; Hoffmann—Becking, Münchener Hdb. AG, § 32 Rn. 46; a. A. Lehmann, DB 1979, 2117, 2121.

^⑧ 参见前引⑦,第 338 页。

^⑨ Habersack, MünchKomm. AktG, § 109 Rn. 25 und 31; Hopt/Roth, Großkomm. AktG, § 109 Rn. 62.

^⑩ LG München I v. 26. 7. 2007 – 12 O 8466/07, WM 2007, 1975; Hüffer, Komm. AktG, § 109 Rn. 6; Spindler in Spindler/Stilz, Komm. AktG, § 109 Rn. 33; Habersack, MünchKomm. AktG, § 109 Rn. 28; Hoffmann—Becking, Münchener Hdb. AG, § 32 Rn. 48; Rellermeier, Aufsichtsratsausschüsse, S. 237 ff.; a. A. Hopt/Roth, Großkomm. AktG, § 109 Rn. 63; Koberski in Wlotzke/Wi? mann/Koberski/Kleinsorge, Mitbestimmungsrecht, § 29 MitbestG Rn. 44.

等,均可成为监事会发布参会禁令的适当依据。^① 监事会主席在决定时必须遵守平等对待所有监事的原则,不得歧视性地排除任何监事或成员集团。^② 认为参会权被不当剥夺的监事可以提起相应的确认之诉。享有决定权的委员会至少由三名成员组成,即只有在至少三名成员出席的情况下委员会才具有决议能力。此外,依《德国股份法》第108条第2款第2句,委员会成员必须过半数参与表决。章程或议事规程可以规定更高或更低的比例,但不能低于三名成员的最低数量。^③ 再者,根据《德国股份法》第107条第2款,委员会会议必须做成会议记录,^④所有委员会成员均有权要求获得记录副本。

就我国国有上市公司而言,章程可以通过拟定委员会议事规程的方式在规范专门委员会内部秩序和 workflows 方面发挥重要作用,但不得侵犯监事会享有的前述委员会设立及构成自治权。若可提高工作效率,监事会可考虑聘任委员会主席。原则上,应赋予所有监事参加委员会会议并查阅会议记录的平等权利。此项参会权以及相应的查阅权不得被随意排除,特别是不得歧视性地针对某一监事或成员集团,例如职工监事。

(二) 履职保障

1. 委员会的信息权。与监事会一样,各委员会为合格履行其职责同样需要董事会提供相应信息。这样一来,信息权制度的构建成为各委员会发挥预设作用的前置条件。正如笔者曾撰文指出的那样,我国尚未从制定法的高度赋予监事会(包括各专门委员会)作为其所有监督行为基础的信息权。^⑤ 在这方面,德国的信息权构建及实践经验似乎有可借鉴之处。例如《德国股份法》第90条第3款明确规定监事会各委员会及其成员均有权要求董事会就委员会权限范围内的事务向委员会作出报告。^⑥ 若董事会欲主动就某委员会权限范围内的事务作出报告,则此项报告必须向该主管委员会作出。^⑦ 原则上,各委员会均不享有《德国股份法》第111条第2款意义上的直接查阅及审查权,但监事会可普遍性地或者针对个别情况授权某委员会行使此项权利。^⑧ 与监事会一样,委员会同样有权征求第三人的专业建议,前提是这些建议为委员会恰当履职所必需。

2. 与监事会信息权的关系。原则上只要委员会仍处于履职状态,监事会就不得越过委员会要求董事会提供有关委员会职责范围内事务的信息。质言之,董事会仅需向委员会作出报告即已履行其报告义务。前文已提及,监事会始终负责对经营管理实施普遍监督。因此,监事会仍可要求董事会提供履行此项普遍监督义务所必需的信息,即使这些信息涉及某一委员会的工作领域。如前所述,监事会应被确立为各委员会的“总负责人”,因此各委员会定期就其工作向监事会作出总结性报告就顺理成章,监事会亦可通过决议要求委员会提供更全面的信息。通常来说,设法使监事会及时获得作出决策所必需的信息是所有委员会报告义务的应有之义,只有被委托代替监事会最终处理相关事务的委员会才无需主动将董事会提交的报告转呈监事会。特别是监事会享有的保障其履职的各项权利不应

^① Vgl. etwa LG München I v. 23.8.2007 – 12 O 8466/07, NZG 2008, 348, 349; Hüffer, Komm. AktG, § 109 Rn. 6; Hopt/Roth, Großkomm. AktG, § 109 Rn. 66; Spindler in Spindler/Stilz, Komm. AktG, § 109 Rn. 32.

^② OLG Hamburg v. 25.5.1984 – 11 U 183/83, AG 1984, 248, 250 f.; Spindler in Spindler/Stilz, Komm. AktG § 109 Rn. 31; Habersack, MünchKomm. AktG, § 109 Rn. 26.

^③ Hoffmann—Becking, Münchener Hdb. AG, § 32 Rn. 50; Rellermeyer, Aufsichtsratsausschüsse, S. 167 f.

^④ Hoffmann—Becking, Münchener Hdb. AG, § 32 Rn. 53.

^⑤ 关于我国监事会信息权制度的构建,可参见杨大可《德国股份有限公司监事会信息权制度评析及启示》,载《德国研究》2015年第1期,第70—81页。

^⑥ Hopt/Roth, Großkomm. AktG, § 107 Rn. 433; Mertens/Cahn, Kölner Komm. AktG, § 107 Rn. 138; Habersack, MünchKomm. AktG, § 107 Rn. 157.

^⑦ 这意味着,口头报告必须在委员会会议上被作出,而书面报告必须被直接提交给委员会成员或主席。Mertens/Cahn, Kölner Komm. AktG, § 107 Rn. 138; Hopt/Roth, Großkomm. AktG, § 107 Rn. 433; Rellermeyer, Aufsichtsratsausschüsse, S. 188 ff.; 193 ff.

^⑧ Hopt/Roth, Großkomm. AktG, § 107 Rn. 434; Habersack, MünchKomm. AktG, § 107 Rn. 157; Rellermeyer, Aufsichtsratsausschüsse, S. 200; Lutter, Information und Vertraulichkeit, Rn. 286.

因委员会的设立而受到影响,其仍可与相关委员会“平行地”行使有关权利。

六、结 语

作为公司治理软法规范的《准则》对专门委员会的设置主体、设置权限、组成以及主要职责作出规定,其中既包含区分“必设”与“选设”委员会这样刚柔并济的友好规则,又有旨在保障委员会履职专业性的“签单权”规定,整体而言已取得较大进步,殊值肯定。不过其缺憾和不足仍然明显,例如对各委员会职权界定过于空泛,委员会组成人员资质要求含混不清,甚至极为重要的委员会内部运行规则和履职保障措施仍然付之阙如,等等。是故,笔者结合德国专门委员会设置规则及实践情况,尝试提出调整我国专门委员会设置规则的初步构想:将专门委员会置于已与党组织有机耦合的监事会之下,或可形成对国有上市公司内部人控制现象一定程度的遏制。专门委员会的设置旨在提高监事会履行监督及顾问职责的专业性和效率,因为委员会成员通常被要求具备更高的专业素养并能够通过“小团队”更精准高效地开展行动。只有公司自身(确切地说是监事会)最清楚其在哪些方面需要专门委员会的“支援”,因此将是否设置专门委员会、设置哪一领域的委员会的决定权完全交由公司自治似乎是理智之选。除个别特别重要的事务须留待监事会亲自完成之外,监事会的大部分职责均可交由专门委员会履行。在国有上市公司中,审计、人事、提名、薪酬、战略、投资和合规委员会均在考虑之列。各委员会的运作方式和履职保障同样不可忽视。今后《准则》应就各委员会的内部秩序,包括议事规程的制定、委员会主席的聘任和权限、形成有效决议的硬性要求等,作出详细规定。特别是监事对各委员会的参会权和对会议记录和相关资料的查阅权应得到最大程度的保护。

Reflection on the Setting of the Special Committee for State – owned Listed Companies —Starting from the 2018 “Corporate Governance Guidelines for Listed Companies”

YANG Da – ke

Abstract: Current Company Law and its judicial interpretation contain no rules of the special committee of listed companies, the “Corporate Governance Guidelines for Listed Companies” stipulates their main body, setting authority, composition and main duties. However, setting the board of directors as a main body of the special committee may aggravate the phenomenon of insider control of state – owned listed companies. The special committee should be placed under the board of supervisors that is organically coupled to the party organizations. The reason is that the provisions of the General Principles of Civil Law on the governance structure of for – profit corporations has made the board of supervisors a coupling object for the choice of party organizations, and the core responsibilities of the board of supervisors are also highly compatible with the leadership and political core role of the party organization. The personnel appointment and dismissal rights, the right of deciding remuneration, and participation in decision – making for the “major event decisions, appointment and removal of important cadres, important project arrangements, use of large amount of funds” enjoyed by the party organizations will be a powerful guarantee for the board of supervisors to carry out efficient supervision.

Key words: state – owned listed company the special committee the board of supervisors Corporate Governance Guidelines for Listed Companies